



UOHSX005ZQRX

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R243/2013/VZ-13248/2014/310/IPs

Brno 24. června 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 8. 2013, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném navrhovatelem, společnostmi –

- **van Gansewinkel, a.s.**, IČ 63483360, se sídlem U Vlečky 592, 664 42 Modřice, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 23. 9. 2010 Mgr. Danielem Čekalem, advokátem, se sídlem Kuchařská 248, 190 14 Praha, doručovací adresa PricewaterhouseCoopers Legal s.r.o., advokátní kancelář, Hvězdova 1734/2c, 140 00 Praha 4

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275,276/2010/VZ-15072/2013/521/HOd ze dne 9. 8. 2013, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **SAKO Brno, a.s.**, IČ 60713470, se sídlem Jedovnická 2, 628 00 Brno, dříve **Spalovna a komunální odpady Brno, akciová společnost**, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 6. 8. 2010 obchodní společností ikis, s.r.o., IČ 63485290, se sídlem Kaštanová 496/123a, 620 00 Brno,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Zajištění činností spojených se svozem odpadu**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 19. 3. 2010 pod ev. č. 60042974, ve znění oprav uveřejněných dne 26. 3. 2010, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 3. 2010 pod ev. č. 2010/S 56-083549, ve znění

dodatečných informací uveřejněných dne 30. 3. 2010, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč, společnost –

- **AVE CZ odpadové hospodářství, s.r.o.**, IČ 49356089, se sídlem Pražská 1321/38a, 102 00 Praha 10, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 24. 1. 2013 JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M. (C.J.), advokátem, WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o. advokátní kancelář, se sídlem Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha 1,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Výroky II. a III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275,276/2010/VZ-15072/2013/521/HOd ze dne 9. 8. 2013

**potvrzuji**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Zadavatel – SAKO Brno, a.s., IČ 60713470, se sídlem Jedovnická 2, 628 00 Brno, dříve Spalovna a komunální odpady Brno, akciová společnost (dále jen „**zadavatel**“) – uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 19. 3. 2010 pod ev. č. 60042974, ve znění oprav uveřejněných dne 26. 3. 2010, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 3. 2010 pod ev. č. 2010/S 56-083549, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 30. 3. 2010, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zajištění činností spojených se svozem odpadu“ (dále jen „**veřejná zakázka**“). Veřejná zakázka byla rozdělena na tři části – Svoz odpadu v oblasti číslo 1, Svoz odpadu v oblasti číslo 2, Svoz skla.
2. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel v oznámení o zakázce uvedl ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria stanovil
  - Celková výše nabídkové ceny bez DPH (váha 40 %)
  - Bankovní záruka za splnění předmětu díla (váha 30 %)
  - Výše smluvní sankce za neprovedení služeb ve sjednaných lhůtách (váha 20 %)

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

- Maximální počet mechanismů nasazených na odvoz a likvidaci odpadů (váha 10 %) (Zadavatel rozdělil toto dílčí hodnotící kritérium na jednotlivá subkritéria "Maximální počet mechanismů – oblast 1", Maximální počet mechanismů – oblast 2" a "Maximální počet mechanismů – odvoz skla").
3. Z protokolu o otevírání obálek konaném dne 3. 5. 2010 vyplývá, že ve stanovené lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel čtyři nabídky, přičemž všechny podané nabídky vyhověly kontrole úplnosti podle § 71 odst. 8 zákona. Podle protokolu ze dne 14. 5. 2010 všichni uchazeči splnili kvalifikaci, jejich nabídky obsahovaly všechny součásti požadované zákonem či zadavatelem v zadávacích podmínkách a nabídky nejsou nepřijatelnými podle § 22 zákona a neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu [od uchazeče AVE CZ odpadové hospodářství, s.r.o. IČ 49356089, se sídlem Pražská 1321/38a, 102 00 Praha 10 (dále jen „**vybraný uchazeč**“), si hodnotící komise vyžádala zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny]]. Po provedeném hodnocení uvedla hodnotící komise ve zprávách o posouzení a hodnocení nabídek výsledné pořadí nabídek a zadavatel následně rozhodl dne 15. 6. 2010 ve všech třech částech veřejné zakázky o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče.
  4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 22. 7. 2010 návrh navrhovatele - .A.S.A., spol. s r.o., IČ 45809712, se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 16. 1. 2013 Mgr. Tomášem Rydvanem, advokátem, advokátní kancelář ŘANDA HAVEL LEGAL advokátní kancelář s.r.o., se sídlem Truhlářská 1104/13, Praha 1, a na základě substituční plné moci ze dne 16. 1. 2013 udělené JUDr. Kristýně Oberfalcerové, advokátce, ev. č. ČAK 12361, se sídlem Šibenička 247, 251 64 Mnichovice, adresa pro doručování na pobočce Národní 21, Praha 1, 110 00, (dále jen „**navrhovatel .A.S.A.**“) na přezkoumání úkonů zadavatele v předmětné veřejné zakázce. Správní řízení ve věci návrhu navrhovatele .A.S.A. bylo zahájeno pod sp. zn. ÚOHS-S275/2010/HOd.
  5. Dne 22. 7. 2010 obdržel Úřad návrh navrhovatele - van Gansewinkel, a.s., IČ 63483360, se sídlem U Vlečky 592, 664 42 Modřice (dále jen „**navrhovatel van Gansewinkel**“) na zahájení správního řízení v téže veřejné zakázce, jež bylo zahájeno pod sp. zn. ÚOHS-S276/2010/HOd.
  6. Úřad obdržel také návrh na zahájení správního řízení navrhovatele SITA CZ, a.s., IČ 25638955, se sídlem Španělská 10/1073, 120 00 Praha 2 (dále jen „**navrhovatel SITA CZ**“). Správní řízení ve věci tohoto návrhu bylo vedeno Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S277/2010/HOd.
  7. K zajištění účelu správních řízení vedených pod sp. zn. S275/2010/HOd, S276/2010/HOd a S277/2010/HOd zahájených dne 22. 7. 2010 na základě tří návrhů z téhož dne, vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S275,276,277/2010/VZ-11384/2010/510/HOd ze dne 3. 8. 2010, kterým tato správní řízení spojil, jelikož se týkají totožné veřejné zakázky.
  8. Návrhy směřovaly proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ve všech třech částech veřejné zakázky, konkrétně proti tomu, že zadavatel nepostupoval při hodnocení nabídek postupem, jež stanovil v bodu 10.2.3 zadávací dokumentace, podle kterého limitoval výši smluvní sankce tak, že za nepřiměřenou bude považována hodnota, která se odchýlí o více než 30 % od aritmetického průměru hodnot ostatních nabídek v hodnoceném dílčím kritériu či subkritériu. Hodnotící komise však v průběhu hodnocení nabídek pouze na základě

vlastního uvážení vyloučila aplikaci tohoto bodu zadávací dokumentace. Navrhovatel .A.S.A. dále namítal nesprávné posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatelem.

### Přerušování správního řízení

9. Vzhledem k tomu, že Úřad z údajů uvedených v nabídkách navrhovatelů zjistil, že by tyto mohly nasvědčovat jednání majícímu charakter tzv. bid-riggingu, tedy kartelové dohody mezi uchazeči o veřejnou zakázku, postoupil dne 12. 8. 2010 podnět sekci hospodářské soutěže Úřadu k posouzení věci z hlediska dodržení zákona o ochraně hospodářské soutěže.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S275,276,277/2010/VZ-18593/2010/510/HOd ze dne 10. 12. 2010 Úřad přerušil spojená správní řízení vedená pod sp. zn. S275,276,277/2010/HOd, a to do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude ukončeno správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S346/2010/KD ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOHS“), jehož zahájení bylo jeho účastníkům oznámeno dopisem ze dne 13. 9. 2010.
11. Proti citovanému usnesení o přerušování řízení obdržel Úřad dne 27. 12. 2010 rozklad navrhovatele SITA CZ, o němž rozhodl předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutím ze dne 23. 5. 2011, a to tak, že napadené usnesení potvrdil a podaný rozklad zamítl.
12. Dne 28. 11. 2012 Úřad obdržel interní sdělení Sekce hospodářské soutěže Úřadu (dále jen „**interní sdělení HS**“), v němž je v souvislosti se správním řízením sp. zn. S346/2010/KD uvedeno, že dne 19. 11. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S346/2010/KD-21896/2010/850/KNe, jímž konstatoval, že bylo prokázáno spáchání správního deliktu dle § 3 odst. 1 ZOHS. Navrhovatelé a vybraný uchazeč jednali ve vzájemné shodě při rozdělování trhu, které vedlo k narušení hospodářské soutěže na trhu nakládání s odpady na území České republiky. Sekce rovněž uvádí, že *„Zmíněné zakázané jednání se rovněž týkalo zakázky SAKO, při jejímž zadávání došlo mezi soutěžiteli SITA, VGW a ASA k trojstranné koordinaci postupu při podání nabídek a tím porušení § 3 odst. 1 zákona. Účast na zakázaném jednání v této konkrétní zakázce nebyla prokázána společností AVE“*.
13. Dopisem č. j. ÚOHS-S275,276,277/2010/VZ-479/2013/521/HOd ze dne 16. 1. 2013 Úřad oznámil účastníkům řízení, že ve spojeném správním řízení vedeném Úřadem ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele pod sp. zn. S275,276,277/2010/HOd se pokračuje, a současně účastníky řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi ve správním řízení. V rámci seznámení se zjištěnými skutečnostmi Úřad seznámil účastníky řízení se zněním rozhodnutí č. j. ÚOHS-S346/2010/KD-21896/2010/850/KNe, v němž Úřad konstatoval, že navrhovatel .A.S.A., navrhovatel van Gansewinkel, navrhovatel SITA CZ a vybraný uchazeč porušili § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, a dále vyjádřil pochybnost, zda zadavatel postupoval při stanovení způsobu hodnocení nabídek podle dílčích hodnotících kritérií „Výše smluvní sankce za neprovedení služeb ve sjednaných lhůtách“ a „Maximální počet mechanismů nasazených na odvoz a likvidaci odpadů“ v souladu se zákonem, čímž rozšířil návrhové řízení o řízení z moci úřední.
14. Vzhledem k tomu, že dne 21. 2. 2013 obdržel Úřad zpětvzetí návrhu ze dne 22. 7. 2010 navrhovatele SITA CZ, vydal Úřad dne 8. 4. 2013 usnesení č. j. ÚOHS-S275,276,277/2010/VZ-

6231/2013/521/HOd, jímž vyloučil ze spojeného správního řízení vedeného pod sp. zn. S275,276,277/2010/HOd správní řízení zahájené pod sp. zn. S277/2010/HOd na návrh ze dne 22. 7. 2010 navrhovatele SITA CZ.

## II. Napadené rozhodnutí

15. Dne 9. 8. 2013 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S275,276/2010/VZ-15072/2013/521/HOd (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že se návrh navrhovatele .A.S.A. podle ust. § 118 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, výrokem II. rozhodl, že se návrh navrhovatele van Gansewinkel podle ust. § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona a výrokem III. správní řízení rozšířené o předmět, jímž jsou pochybnosti, zda zadavatel při stanovení způsobu hodnocení nabídek podle dílčích hodnotících kritérií „Výše smluvní sankce za neprovedení služeb ve sjednaných lhůtách“ a „Maximální počet mechanismů nasazených na odvoz a likvidaci odpadů“ postupoval v souladu se zákonem, podle ustanovení § 66 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zastavil.

*Ke stanovenému způsobu hodnocení zjevné nepřiměřenosti údajů v nabídkách uchazečů a k postupu zadavatele při posouzení a hodnocení nabídek uchazečů o veřejnou zakázku*

16. V této části odůvodnění Úřad konstatoval, že „*všechny úkony zadavatele učiněné v průběhu zadávacího řízení musí být prováděny v souladu se zásadou transparentnosti. Z tohoto důvodu nelze připustit takový postup zadavatele, kdy v rámci hodnocení nabídek nepostupuje podle předem stanoveného způsobu hodnocení specifikovaného v zadávací dokumentaci. Na podporu svých tvrzení odkazuje Úřad na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, podle něhož má zásada transparentnosti zajistit, aby k zadávání veřejných zakázek docházelo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem.*“
17. Na základě porovnání podmínek stanovených v zadávací dokumentaci a následného postupu zadavatele při hodnocení nabídek došel Úřad k závěru, že postup zadavatele, jenž se v šetřeném případě rozhodl při hodnocení nepoužít způsob hodnocení stanovený v zadávací dokumentaci (když ve zprávách o posouzení a hodnocení nabídek uvedl, že nepoužije hodnocení nepřiměřeností, které bylo vymezeno v zadávací dokumentaci) byl učiněn v rozporu se zásadou transparentnosti, danou ustanovením § 6 zákona. S argumentem zadavatele, podle něhož zadavatel (ani hodnotící komise) není povinen posuzovat přiměřenost jednotlivých údajů z nabídek uchazečů, vyjádřil Úřad souhlas, nicméně dodal, že pokud si zadavatel hodnocení nepřiměřenosti hodnot v zadávací dokumentaci stanovil, byl povinen předem stanovený způsob hodnocení nabídek dodržet.
18. Následně se Úřad zabýval otázkou, zda tento postup mohl mít či měl v daném případě podstatný vliv na výběr nejhodnější nabídky. Nejprve konstatoval s odkazem na judikát Nejvyššího správního soudu č. j. 1Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010, že stanovení způsobu

hodnocení nepřiměřenosti hodnot zadavatelem, je možno považovat za objektivní a transparentní.

19. Následně se Úřad zabýval shrnutím závěrů rozhodnutí Úřadu, Sekce hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S346/2010/KD-21896/2010/850/KNe, ze dne 19. 11. 2012 (dále jen „**rozhodnutí HS**“), jež bylo účastníkům správního řízení doručeno mimo jiné jako příloha písemnosti č. j. ÚOHS-S275,276,277/2010/VZ-479/2013/521/HOd ze dne 16. 1. 2013 tak, aby byli seznámeni s podklady správního řízení. Z rozhodnutí HS vyvodil Úřad následující závěry. *„V době (resp. alespoň po určitý časový úsek) od zahájení otevřeného řízení na šetřenou veřejnou zakázku do uplynutí lhůty pro podání nabídek existovala mezi navrhovatelem dohoda spočívající v jednání ve vzájemné shodě. V návaznosti na výše uvedené skutečnosti Úřad považuje za prokázané, že v šetřeném zadávacím řízení došlo ke kartelovému jednání ze strany navrhovatele .A.S.A., spol. s r.o., navrhovatele van Gansewinkel, a.s., a navrhovatele SITA CZ, a.s. K možnosti, že by se daného nezákonného jednání ve vztahu k dané veřejné zakázce účastnil rovněž vybraný uchazeč, Úřad uvádí, že v šetřeném případě, kdy nabídku do zadávacího řízení rozděleného na tři části podali čtyři uchazeči, lze takovou možnost považovat za zcela nelogickou, a to z důvodu zřejmého úmyslu výše jmenovaných navrhovatelů prostřednictvím kartelového jednání uměle učinit z nabídky vybraného uchazeče nabídku s nepřiměřenými hodnotami. V případě, že by se kartelového jednání účastnili všichni čtyři uchazeči o veřejnou zakázku, postrádala by kartelová dohoda jakéhokoli smyslu, neboť v zadávacím řízení rozděleném na tři části se vybranými uchazeči mohli stát pouze tři dodavatelé (a nikoli čtyři).“* Ze skutečností uvedených v rozhodnutí HS a na základě interního sdělení HS ze dne 28. 11. 2012, jímž bylo Úřadu oznámeno vydání rozhodnutí HS, Úřad uzavřel, že vybraný uchazeč se nezákonného kartelového jednání ve vztahu k šetřené veřejné zakázce nedopustil.
20. Úřad tedy uzavřel, že ze zjištěných skutečností vyplývá, že *„je zřejmé, že nabídky navrhovatele .A.S.A., spol. s r.o., navrhovatele van Gansewinkel, a.s., a navrhovatele SITA CZ, a.s., byly podány v předmětném zadávacím řízení v rozporu se zákonem o ochraně hospodářské soutěže, a tudíž v rozporu s platnými právními předpisy ve smyslu ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona ... v situaci, kdy všechny nabídky podané v zadávacím řízení, s výjimkou nabídky vybraného uchazeče, byly podány v rozporu s platnými právními předpisy, a tudíž měly být podle ust. § 76 odst. 1 zákona vyřazeny a příslušní uchazeči podle ust. § 76 odst. 6 zákona vyloučeni z účasti v zadávacím řízení, mohla do fáze hodnocení nabídek oprávněně postoupit pouze nabídka vybraného uchazeče. V této souvislosti Úřad upozorňuje na ust. § 79 odst. 6 zákona, podle něhož hodnotící komise neprovede hodnocení nabídek, pokud by měla hodnotit nabídku pouze jednoho uchazeče.“*
21. Úřad tedy dospěl k závěru, že daný nezákonný postup zadavatele nemohl mít podstatný vliv na výběr nejhodnější nabídky.
22. Následně Úřad konstatoval, že *„vzhledem k tomu, že (jak vyplývá z výše uvedeného) v šetřeném případě zadavatel stanovený způsob hodnocení nepřiměřenosti hodnot v nabídkách podle zadávací dokumentace nepoužil, a žádný z uchazečů tedy nemohl být postupem zadavatele při určování nepřiměřenosti hodnot zkrácen na svých právech, Úřad konstatuje, že v postupu zadavatele při stanovení způsobu hodnocení nepřiměřenosti hodnot nelze shledat pochybení, které by mohlo mít podstatný vliv na výběr nejhodnější nabídky. Současně je nutno podotknout, že nelze považovat za logické, aby za nezákonné jednání*

*dodavatelů (spočívající v kartelovém jednání ve smyslu zákona o hospodářské soutěži) nesl odpovědnost zadavatel s tím, že takové jednání vymezením zadávacích podmínek sám zapříčinil. Z tohoto důvodu je Úřad toho názoru, že nelze v šetřeném případě konstatovat pochybení zadavatele při stanovení zadávacích podmínek.“*

*K posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny*

23. Úřad se dále podrobně zabýval postupem hodnotící komise při posouzení nabídek uchazečů z hlediska případné mimořádně nízké nabídkové ceny. Tuto hodnotící komise zkonstatovala u vybraného uchazeče. Úřad vyhodnotil postup hodnotící komise, zdokumentovaný v zadávací dokumentaci, přičemž se zabýval dodržením zákonných ustanovení při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a zkonstatoval, že „*hodnotící komise využila při vyžádání si informací o mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného uchazeče všechny dostupné zákonné instituty dle § 77 odst. 1 a 3 zákona (tj. písemné zdůvodnění i jeho vysvětlení). Současně je z protokolu o 3. jednání hodnotící komise při posouzení a hodnocení nabídek patrné, že v souladu s ust. § 77 odst. 4 při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče zohlednila písemné zdůvodnění vybraného uchazeče ze dne 20. 5. 2010 i jeho vysvětlení ze dne 11. 6. 2010 (což vyplývá z formulace protokolu citované v bodu 88 tohoto rozhodnutí [pozn. Předsedy Úřadu – napadeného rozhodnutí]). Co se týče postupu při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče lze tedy shrnout, že hodnotící komise postupovala zcela v intencích ustanovení § 77 odst. 1, 3 a 4 zákona.“*
24. Dále Úřad posoudil dodržení ustanovení § 77 odst. 2 zákona zadavatelem, při akceptaci mimořádně nízké nabídkové ceny a i zde dospěl k názoru, že zadavatel postupoval plně v intencích zákona. V závěru rozhodnutí se pak věnoval námitce navrhovatele .A.S.A., podle něho zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, když ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl postup při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče. Úřad došel k závěru, že postup posouzení nabídek zadavatel zdokumentoval v protokolu a jednání hodnotící komise a z tohoto důvodu nebylo třeba uvádět tytéž skutečnosti do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek.

### **III. Námitky rozkladu**

25. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 22. 8. 2013 rozklad navrhovatele van Gansewinkel. V podaném rozkladu namítá nesprávné právní posouzení věci a vady řízení. V první řadě se navrhovatel van Gansewinkel plně ztotožnil se závěry Úřadu, kterými tento konstatoval, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, pokud nehodnotil nabídky podle předem stanoveného způsobu hodnocení, uvedeného v zadávací dokumentaci. Námitky pak rozdělil do tří okruhů, kdy napadl posouzení Úřadu ve vyhodnocení
- porušení pravidel hospodářské soutěže navrhovatelem van Gansewinkel,
  - zhodnocení intenzity nezákonnosti ze strany zadavatele,
  - opomenutí zhodnocení existence jediného uchazeče v důsledku vyloučení ostatních uchazečů.

26. K prvnímu okruhu námitek uvedl, že nikdy neakceptoval samotný závěr o porušení § 3 odst. 1 ZOHS z jeho strany s tím, že přistoupení k narovnání bylo pro něj řešením, které zamezí pro něj negativním důsledkům, nedomnívá se však, že by odpovídalo skutkovému stavu. Dále namítá, že narovnání bylo provedeno před výslovným legislativním zakotvením tohoto institutu, tedy před stanovením jasných zákonných pravidel tohoto procesu novelizovaných ZOH s účinností od 1. 12. 2012.
27. Dle navrhovatele van Gansewinkel součástí spisu nebyly interní dokumenty Úřadu, které by dokazovaly porušení pravidel hospodářské soutěže. Dle navrhovatele van Gansewinkel Úřad porušení pravidel hospodářské soutěže nedokládá žádným jiným způsobem, než interním sdělením, ze kterého cituje v bodu 67 napadeného rozhodnutí. Takové interní sdělení však nemá povahu veřejné listiny a není rozhodnutím orgánu veřejné moci, jehož výrok a příslušné odůvodnění by mohlo být použito jako důkaz v jiném správním řízení. Dle navrhovatele van Gansewinkel pak přípustným důkazem ve správním řízení může být pouze samotné rozhodnutí o narovnání. Použití jiných důkazů by vedlo k porušení základních zásad správního řízení, zejména zásady zákonnosti a legitimního očekávání, neboť účastník by neměl možnost v daném řízení uplatnit „protidůkazy“ či další skutečnosti, svědčící v jeho prospěch.
28. Úřad se pak dle navrhovatele van Gansewinkel nevypořádal s přesným vymezením domnělého jednání ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS ve vztahu k zákonu. V napadeném rozhodnutí tak absentuje specifikace věcného a časového porušení pravidel hospodářské soutěže ze strany jednotlivých uchazečů ve vztahu k zákonu. Úřad tedy dle navrhovatele van Gansewinkel neprokázal, zda domnělým skutkem byla skutečně veřejná zakázka narušena nezákonným postupem uchazečů z hlediska časového, věcného a v relevantní intenzitě.
29. Zároveň navrhovatel van Gansewinkel namítá prokazování neúčasti vybraného uchazeče na kartelovém jednání pouze interním sdělením konstatujícím kartelovou dohodu ostatních uchazečů a dovozením nelogičnosti zapojení čtyř subjektů do kartelové dohody tam, kde je veřejná zakázka rozdělena na tři části. Navrhovatel van Gansewinkel tak považuje za nedostatečně prokázané, s ohledem na obsah napadeného rozhodnutí, že nemohlo dojít k účasti vybraného uchazeče na nezákonném kartelovém jednání ve vztahu k projednávané veřejné zakázce.
30. K druhému okruhu námitek navrhovatel van Gansewinkel namítá, že pokud zadavatel nedodržel postup stanovený zadávacími podmínkami a zadavatel tím podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, nelze pak rozhodnout jinak, než přijmout nápravné opatření. Úřad v napadeném rozhodnutí konstruuje vyvažovací mechanismus mezi nezákonností na straně zadavatele a nezákonností na straně uchazečů. Navrhovatel van Gansewinkel pak namítá, že Úřad neprokázal porušení zákona z jeho strany ve vztahu k veřejné zakázce. Takový postup Úřadu zachovává diskriminační prostředí.
31. V posledním okruhu námitek pak brojí proti tomu, že připuštění nezákonného postupu zadavatele jako „menšího zla“ nemůže v typově obdobných případech ani přispět k vyloučení dalších administrativních a hospodářských nákladů ve vztahu k veřejné zakázce a zajištění zákonnosti. Dle navrhovatele van Gansewinkel pak v případě, kdy by v zadávacím řízení zůstala pouze jedna nabídka, je zadavatel povinen zvážit zrušení zadávacího řízení. Pokud tak



neučiní, je veřejná zakázka stižena nezákonností. Úřad se tak žádným způsobem nevypořádal s faktem, že zadávací řízení mohlo být z tohoto důvodu zrušeno. Dále pak navrhovatel van Gansewinkel poukazuje na fakt, že dle znění zákona, účinného od 1. 4. 2012 je zadavatel v takovém případě zadávací řízení povinen zrušit.

#### **IV. Závěr rozkladu**

32. Na základě výše uvedeného zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání.

#### **Vyloučení navrhovatele .A.S.A**

33. Úřad obdržel dne 26. 8. 2013 také rozklad navrhovatele .A.S.A. proti napadenému rozhodnutí. Dne 10. 9. 2013 však Úřad obdržel od navrhovatele .A.S.A zpětvzetí návrhu na zahájení přezkoumávání úkonů zadavatele v předmětné veřejné zakázce ze dne 22. 7. 2010, a to v plném rozsahu.
34. Dne 20. 9. 2013 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS – S275,276/2013/VZ-18121/2013/521/HOd, jímž vyloučil správní řízení zahájené pod sp. zn. S275/2010/HOd na návrh ze dne 22. 7. 2010 navrhovatele .A.S.A ve věci přezkoumání úkonů zadavatele v předmětné veřejné zakázce. Důvodem bylo právě zpětvzetí návrhu navrhovatele .A.S.A. Dále dne 20. 9. 2013 vyrozuměl Úřad účastníky o vyloučení ze společného správního řízení, a to písemností č. j. ÚOHS-S276/2010/VZ-18131/2013/521/HOd.
35. Z výše uvedeného důvodu je v tomto řízení o rozkladu řešen pouze rozklad navrhovatele van Gansewinkel a jsou potvrzeny pouze výroky II. a III. napadeného rozhodnutí, neboť po podání rozkladu vzal navrhovatel .A.S.A. návrh na zahájení správního řízení zpět v celém rozsahu a správní řízení zahájené pod sp. zn. S275/2010/HOd bylo vyloučeno ze společného správního řízení, přičemž o dalším postupu ve věci tohoto návrhu bylo rozhodnuto Úřadem ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S275/2010/HOd a o rozkladu navrhovatele .A.S.A. nelze rozhodnout.

#### **V. Řízení o rozkladu**

36. Dne 9. 9. 2013 Úřad obdržel vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu navrhovatele van Gansewinkel. Vybraný uchazeč souhlasí se závěry Úřadu, učiněnými v napadeném rozhodnutí, neboť postupem zadavatele došlo k výběru nabídky, která byla objektivně ekonomicky nejvhodnější. Dle vybraného uchazeče tvrzení navrhovatele van Gansewinkel, že hodnotící komise hodnotila všechny nabídky, aniž by věděla o existenci zakázané dohody, není v daném případě právně relevantní. Podstatná je podle něj skutečnost, že předmětné nabídky byly od počátku nezákonnými, a tedy nepřijatelnými. Vybraný uchazeč odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 24/2011-79 ze dne 7. 4. 2011 a Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 58/2011-68 ze dne 1. 2. 2013, dle kterých má Úřad rozhodovat vždy na základě skutkového stavu ke dni vydání rozhodnutí. Vybraný uchazeč dále namítá, že opačný postup by vedl k absurdním důsledkům, neboť navrhovatelé (*nyní pouze navrhovatel van Gansewinkel – pozn. předsedy Úřadu*), by těžili ze svého protiprávního jednání v podobě zakázané kartelové dohody.
37. Vybraný uchazeč také rozporuje tvrzení navrhovatele van Gansewinkel, že zde byly důvody pro zrušení zadávacího řízení, neboť žádné ustanovení tehdy účinného znění zákona

zadavateli neumožňovalo zrušit zadávací řízení pouze z důvodu, že nabídky ostatních uchazečů byly vyřazeny. Takovým zrušením by byli naopak zvýhodněni ostatní uchazeči, kteří se v souvislosti se zadávacím řízením dopustili zvláště závažného správního deliktu.

38. Vybraný uchazeč tak navrhuje, aby předseda Úřadu podané rozklady zamítl (*pozn. předsedy Úřadu – v době podání vyjádření vybraného uchazeče doposud nedošlo ke zpětvzetí návrhu navrhovatele .A.S.A. a vybraný uchazeč se vyjadřoval k oběma rozkladům*).
39. V písemnosti ze dne 8. 10. 2013 se vyjádřil navrhovatel van Gansewinkel k vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu proti napadenému rozhodnutí. Navrhovatel van Gansewinkel nesouhlasí s tvrzením vybraného uchazeče o výhodnosti a bezvadnosti jeho nabídky z toho důvodu, že ostatní nabídky měly být vyřazeny. Domnívá se, že naopak „... např. v rozsahu nabídek týkajících se smluvních pokut byla výše nabízená ostatními uchazeči obvyklá v relevantním tržním prostředí ...“.
40. Dále navrhovatel van Gansewinkel uvádí, že v žádném případě nevyslovil a neakceptoval porušení zákona na své straně při veřejné zakázce či v souvislosti s ní a Úřad neprovedl takové důkazy, které by porušení zákona ze strany navrhovatele van Gansewinkel při veřejné zakázce či v souvislosti s ní prokazovaly, přičemž namítá opětovně provedení důkazů ve správním řízení. Navrhovatel van Gansewinkel nadále trvá na tom, že zadavatel zásadním způsobem porušil zadávací podmínky a navrhovatel van Gansewinkel v souvislosti s veřejnou zakázkou neporušil zákon.
41. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc správnímu orgánu rozhodujícím o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

42. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
43. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S275,276/2010/VZ-15072/2013/521/HOd ze dne 9. 8. 2013 rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích II. a III. napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

#### **VI. K námitkám rozkladu**

44. Navrhovatel van Gansewinkel v úvodu rozkladu konstatoval, že se ztotožnil se závěrem Úřadu ohledně porušení právních předpisů zadavatelem při hodnocení nabídek jednotlivých uchazečů. Neakceptoval však závěry ohledně intenzity takové nezákonnosti a jeho významu pro zákonnost výběru nejvhodnější nabídky. Z tohoto důvodu jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy v celém rozsahu a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a dospěl jsem k závěru, že napadené rozhodnutí je zákonné a přezkoumatelné.

45. Úřad v bodě 60. napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel pochybil, když nedodržel způsob hodnocení nabídek stanovený v zadávací dokumentaci, čímž nedodržel postup stanovený v ustanovení § 79 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona. Aby Úřad mohl dle § 118 odst. 1 zákona konstatovat nedodržení postupu stanoveného zákonem pro zadání veřejné zakázky je třeba, aby takovýto postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Stejně jako v případě naplnění skutkové podstaty správního deliktu zákon vyžaduje, aby byly naplněny nejen typové znaky deliktu (zde nedodržení postupu stanoveného v ustanovení § 79 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona), ale aby tento čin pro jeho společenskou škodlivost zákonodárce stavil pod hrozbu trestu. V případě, kdy zadavatel dosud neuzavřel smlouvu s vybraným uchazečem pak zákon volí preventivní nápravné opatření, kterým je dle § 118 odst. 1 zákona buď zrušení celého zadávacího řízení nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele. Jinak řečeno, Úřad je povinen při posuzování úkonů zadavatele vyhodnotit také materiální podmínku daného deliktu či nedodržení zákona. Úřad tedy zcela správně s ohledem na zjištění, učiněná ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S346/2010/KD, posuzoval naplnění materiální stránky jednání zadavatele.
46. Nejprve tedy Úřad posoudil, zda zadavatelem stanovené nastavení hodnotících kritérií bylo v souladu se zákonem a konstatoval, že je takovýto postup možno považovat za objektivní a transparentní – bod 61. napadeného rozhodnutí. Tento závěr Úřadu navrhovatel van Gansewinkel v rozkladu nenapadá a jelikož jsem neshledal nezákonnost či nepřezkoumatelnost těchto úvah, není třeba se k nim při vypořádání rozkladu dále vyjadřovat. Následně Úřad s odkazem na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S346/2010/KD-21896/2010/850/KNe konstatoval, že „... v době (resp. alespoň po určitý časový úsek) od zahájení otevřeného řízení na šetřenou veřejnou zakázku do uplynutí lhůty pro podání nabídek existovala mezi navrhovateli dohoda spočívající v jednání ve vzájemné shodě ... Úřad považuje za prokázané, že v šetřeném zadávacím řízení došlo ke kartelovému jednání ze strany navrhovatele .A.S.A., spol. s r. o., navrhovatele van Gansewinkel, a. s., a navrhovatele SITA CZ, a. s. K možnosti, že by se daného nezákonného jednání ve vztahu k dané veřejné zakázce účastnil rovněž vybraný uchazeč, Úřad uvádí, že v šetřeném případě, kdy nabídku do zadávacího řízení rozděleného na tři části podali čtyři uchazeči, lze takovou možnost považovat za zcela nelogickou, a to z důvodu zřejmého úmyslu výše jmenovaných navrhovatelů prostřednictvím kartelového jednání uměle učinit z nabídky vybraného uchazeče nabídku s nepřiměřenými hodnotami. V případě, že by se kartelového jednání účastnili všichni čtyři uchazeči o veřejnou zakázku, postrádala by kartelová dohoda jakéhokoli smyslu, neboť v zadávacím řízení rozděleném na tři části se vybranými uchazeči mohli stát pouze tři dodavatelé (a nikoli čtyři).“ – body 65. – 66. napadeného rozhodnutí.
47. Úřad tedy v souladu s § 76 odst. 1 zákona dovedl, že nabídky navrhovatele .A.S.A., navrhovatele van Gansewinkel a navrhovatele SITA, byly podány v předmětném zadávacím řízení v rozporu se zákonem o ochraně hospodářské soutěže, a tudíž v rozporu s platnými právními předpisy ve smyslu § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Materiální stránku jednání zadavatele tedy Úřad posoudil tak, že daný nezákonný postup nemohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Důvodem je skutečnost, že hodnocení nabídek nemělo v daném případě s odkazem na § 79 odst. 6 zákona vůbec proběhnout, jelikož zadavatel by hodnotil pouze nabídku vybraného uchazeče (jako jedinou nabídku, jež vyhověla požadavkům dle § 76 odst. 1 zákona a mohla tak postoupit do fáze hodnocení nabídek). V situaci, kdy zadavatel neměl poslední zbývající nabídku hodnotit je tedy jednoznačné, že zadavatele

nelze postihovat za to, že při hodnocení nabídek nedodržel stanovený způsob hodnocení, když ani nebyl povinen nabídku vybraného uchazeče hodnotit. Všechny uvedené úvahy Úřadu považují za zákonné a přezkoumatelné.

48. Pokud navrhovatel van Gansewinkel uvádí, že o závažnosti porušení závazných pravidel veřejných zakázek na straně zadavatele svědčí vydané předběžné opatření Úřadu, pak tato námitka nijak nevyvrací závěry Úřadu učiněné v souvislosti se zjištěními uvedenými výše. Správní orgán vydá předběžné opatření v případě, kdy po předběžném posouzení návrhu na jeho vydání a podkladů pro rozhodnutí dospěje k názoru, že je třeba prozatímně upravit poměry účastníků dříve, než bude ve věci rozhodnuto meritorně, aby tak zabránil vzniku složitých a těžko napravitelných právních vztahů. Nejde však ani o předběžné posouzení řešené meritorní otázky a nelze z takového procesního úkonu Úřadu dovozovat závěr meritorního rozhodnutí, neboť správní orgán může po kompletním posouzení projednávané věci dospět k názoru, že nedošlo k žádnému porušení zákona. V projednávaném případě Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem při hodnocení nabídek, avšak takovéto jednání nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Důvody pro vydání předběžného opatření v první fázi správního řízení tedy Úřad posoudil správně, avšak po ukončení dokazování a posouzení všech rozhodných skutečností dospěl k závěrům, uvedeným ve výročí napadeného rozhodnutí. Vydání předběžného opatření tedy nelze nijak spojovat s nutností vyhovět návrhu navrhovatele van Gansewinkel. Tato námitka navrhovatele van Gansewinkel je tedy nedůvodná.
49. Další část námitek navrhovatele van Gansewinkel se vztahuje k vyhodnocení porušení pravidel hospodářské soutěže. Navrhovatel van Gansewinkel uvádí, že nikdy neakceptoval samotný závěr o porušení § 3 odst. 1 ZOHS z jeho strany, přičemž přistoupil k narovnání pouze jako k řešení, jež mělo zamezit dalším negativním důsledkům pro navrhovatele van Gansewinkel. Navrhovatel van Gansewinkel v této souvislosti opomíjí, že podle § 53 odst. 3 správního řádu, listiny vydané soudy České republiky nebo jinými státními orgány nebo orgány územních samosprávních celků v mezích jejich pravomoci, jakož i listiny, které jsou zvláštními zákony prohlášeny za veřejné, potvrzují, že jde o prohlášení orgánu, který listinu vydal, a není-li prokázán opak potvrzují i pravdivost toho, co je v nich osvědčeno nebo potvrzeno. Z tohoto pohledu je třeba na pravomocné rozhodnutí HS pohlížet jako na listinu, u níž je presumována pravdivost obsahu, není-li prokázán opak. Za prokázání opaku pak nelze považovat vágní tvrzení navrhovatele van Gansewinkel o tom, že „závěr o porušení § 3 odst. 1 ZOHS nikdy neakceptoval“, naopak na narovnání přistoupil proto, že to pro něj bylo výhodné a v rámci procedury narovnání se k předmětnému jednání mimo jiné také doznal. Žádné jiné indicie, které by snad mohly nasvědčovat tomu, že by obsah rozhodnutí HS mohl vzbuzovat jakoukoli pochybnost o své pravdivosti, v tomto řízení ani ve správním řízení jemu předcházejícím nebyly shledány. Z tohoto důvodu nejsem oprávněn přezkoumávat ani správnost rozhodnutí HS ani důvody, jež navrhovatele van Gansewinkel vedly k uznání kvalifikace svého jednání popsanou v daném rozhodnutí HS. Navrhovateli van Gansewinkel byly dány zákonné možnosti právní obrany, ať již nepřistoupení na narovnání, či podání rozkladu proti předmětnému rozhodnutí HS – o této možnosti byl řádně poučen. Námitka je tedy nedůvodná.
50. Navrhovatel van Gansewinkel dále uvádí, že výrokem rozhodnutí o narovnání v žádném případě nebylo vysloveno porušení pravidel hospodářské soutěže z jeho strany ve vztahu

k předmětné veřejné zakázce a dále namítá, že institut narovnání byl vtělen do zákona o ochraně hospodářské soutěže až ke dni 1. 12. 2012. K tomu uvádím, že tyto námitky nesměřují proti napadenému rozhodnutí. Pokud měl navrhovatel van Gansewinkel za to, že institut narovnání neměl být v daném případě aplikován, protože nebyl zakotven v platné právní úpravě, měl tuto námitku uplatnit ve správním řízení vedeném Sekcí hospodářské soutěže. Toto ale neučinil, na narovnání přistoupil a proti jeho použití nebrojil opravnými prostředky. Rozhodnutí HS je pravomocné a je u něj presumována správnost a není možné v rámci tohoto řízení o rozkladu posuzovat, zda byl Úřad oprávněn institut narovnání užít či nikoliv.

51. Pokud jde o tvrzení, že nebylo vysloveno porušení pravidel hospodářské soutěže ve vztahu k veřejné zakázce, pak se takové tvrzení nezakládá na pravdě. Úřad v rozhodnutí HS v bodech 27. – 36. popsal, mezi kterými účastníky a v jakých obdobích probíhala zakázaná spolupráce. A tyto závěry se odrazily ve výrocích uvedených v rozhodnutí HS. Předmětná veřejná zakázka spadala do období, ve kterém i navrhovatel van Gansewinkel spolupracoval s navrhovatelem .A.S.A. a navrhovatelem SITA, prostřednictvím vzájemných kontaktů a výměny informací svůj záměr rozdělit si zákazníky, který realizovali prostřednictvím koordinace postupu ve výběrových řízeních v oblasti nakládání s odpady. Zároveň tato informace vychází i z interního sdělení HS ze dne 28. 11. 2012, ve kterém je uvedeno, že „... zakázané jednání se rovněž týkalo zakázky SAKO, při jejímž zadávání došlo mezi soutěžiteli SITA, VGW a ASA k trojstranné koordinaci postupu při podání nabídek a tím porušení § 3 odst. 1 zákona. Účast na zakázaném jednání v této konkrétní zakázce nebyla prokázána společností AVE“. Nelze tedy souhlasit s výše uvedeným tvrzením navrhovatele van Gansewinkel, neboť Úřad v napadeném rozhodnutí dovedl na základě konkrétních důkazů porušení pravidel hospodářské soutěže ve vztahu k předmětné veřejné zakázce.
52. V bodě 13. rozkladu navrhovatel van Gansewinkel rozporuje povahu interního sdělení HS a možnosti použít jej jako důkaz. Dle jeho tvrzení nebyly jakékoli interní dokumenty součástí podkladů rozhodnutí. Ze spisové dokumentace však vyplývá, že předmětné interní sdělení HS je součástí spisu, a to pod číslem 35, jež bylo do správního spisu vloženo dne 28. 11. 2012. Zároveň je třeba konstatovat, že Úřad vycházel při posouzení deliktního jednání navrhovatele van Gansewinkel ve věci hospodářské soutěže z rozhodnutí HS (což vyplývá z bodu 64. napadeného rozhodnutí), ve kterém je toto jednání popsáno, přičemž jde o veřejnou listinu, která je rozhodnutím orgánu veřejné moci a jak již bylo uvedeno výše, je presumována správnost jejího obsahu. Samotné rozhodnutí bylo navrhovateli van Gansewinkel doručeno jak Sekcí hospodářské soutěže, tak Sekcí veřejných zakázek, mimo jiné jako příloha Oznámení o pokračování správního řízení - č. j. ÚOHS-S275,276,277/2010/VZ-479/2013/521/HOd ze dne 16. 1. 2013. Obsah samotného rozhodnutí HS tedy byl navrhovateli van Gansewinkel znám a je přípustný jako podklad rozhodnutí. Ani tyto námitky navrhovatele van Gansewinkel nejsou důvodné.
53. Dále považuji za nutné uvést, že pokud jde o informace uvedené v interním sdělení HS, pak je třeba na skutečnosti v tomto interním sdělení pohlížet jako na skutečnosti známé správnímu orgánu z úřední činnosti (§ 50 odst. 1 správního řádu), neboť tento při prošetřování nezákonného jednání navrhovatelů z hlediska dodržení ZOHS zjistil skutečnosti podstatné pro konstatování závěrů uvedených jak v rozhodnutí HS, tak v interním sdělení HS ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S346/2010/KD.

S podklady pro tyto závěry, tedy důkazy, o které se Úřad – Sekce hospodářské soutěže opírala, měl navrhovatel van Gansewinkel možnost seznámit se v průběhu správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S346/2010/KD. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí HS nabylo právní moci, mohl Úřad – Sekce veřejných zakázek přistoupit k internímu sdělení HS jako k podkladu pro vydání rozhodnutí, tedy jako k důkazu, na základě něhož vydal napadené rozhodnutí. Tato praxe vyplývá i z rozhodnutí správních soudů – např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 40/2008-52 ze dne 6. 11. 2008.

54. Pokud jde o další námitku, dle níž napadené rozhodnutí a rozhodnutí HS, byla vydána v samostatně vedených řízeních a nelze tak důkazní prostředky v jednotlivých řízeních bez dalšího zaměňovat a používat pro účely řízení jiného uvádím, že k takovému použití důkazních prostředků nikdy nedošlo. Úřad – Sekce veřejných zakázek vycházel při rozhodování z důkazu - pravomocného rozhodnutí HS, nikoliv jednotlivých důkazů prováděných ve správním řízení vedeném Sekcí hospodářské soutěže a dále na základě důkazu – interního sdělení HS. K tvrzení navrhovatele van Gansewinkel, že „způsob a rozsah důkazů provedených v jiném řízení přitom nemusí vůbec odpovídat kontextu konkrétních zjištění v řízení jiném a není tak zajištěno ani řádné hodnocení důkazů zvláště a všech důkazů v jejich komplexnosti“ je bezobsažné a nelze z něj vyvodit, jaké pochybení je napadenému rozhodnutí vytýkáno, neboť jak již bylo uvedeno výše, Úřad – Sekce veřejných zakázek důkazy provedené ve správním řízení HS znovu nehodnotil, pouze vycházel z pravomocného rozhodnutí HS, pro které platí presumpce správnosti a ze kterého je zřejmé, kteří soutěžitelé se dopustili jakého protiprávního jednání a dále z interního sdělení HS, kteréžto vzal jako důkazy pro své rozhodnutí.
55. Také tvrzení navrhovatele van Gansewinkel, že se Úřad nevypořádal s přesným vymezením domnělého jednání ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS ve vztahu k veřejné zakázce, jelikož v napadeném rozhodnutí zcela absentuje specifikace věcného a časového rozsahu porušení pravidel HS ze strany jednotlivých uchazečů ve vztahu k veřejné zakázce, není pravdivým, neboť Úřad v napadeném rozhodnutí popsal v bodě 64. kdy a jakého jednání se jednotliví navrhovatelé a vybraný uchazeč dopustili. V bodě 65. napadeného rozhodnutí je pak uvedeno, že v době (resp. alespoň po určitý časový úsek) od zahájení otevřeného řízení na šetřenou veřejnou zakázku do uplynutí lhůty pro podání nabídek existovala mezi navrhovatelem zakázaná dohoda spočívající v jednání ve vzájemné shodě. Tamtéž jsou také uvedeny důkazní prostředky, na nichž své závěry Úřad – Sekce veřejných zakázek postavil.
56. V bodě 16. rozkladu navrhovatel van Gansewinkel rozporuje závěry Úřadu ohledně absence vybraného uchazeče na nezákonném jednání ve vztahu k šetřené veřejné zakázce. Není však pravdivé jeho tvrzení, že se Úřad – Sekce veřejných zakázek opírala pouze o nelogičnost zapojení čtyř subjektů do kartelové dohody, kde je veřejná zakázka rozdělena na tři části. Tato úvaha je pouze podpůrná ve vztahu ke zjištění, která učinil Úřad – Sekce hospodářské soutěže a jež vyústila v rozhodnutí HS, dle kterého nebyl vybraný uchazeč mezi soutěžiteli, kteří se dopustili protiprávního jednání v předmětné věci. Zároveň Úřad vycházel, jak již bylo řečeno, z interního sdělení HS, ve kterém je výslovně uvedeno, že účast na prokázaném jednání v této konkrétní zakázce nebyla prokázána vybranému uchazeči. O zařazení této písemnosti do spisu bylo pojednáno výše. Pokud jde o úvahy navrhovatele van Gansewinkel, že i v případě nižšího počtu částí zadávacího řízení, než je počet účastníků, může mít nedovolené jednání výhody i pro nevybraného uchazeče v podobě subdodavatelských smluv,

pak je třeba je odmítnout pouze jako spekulativní, bez jakékoliv důkazního podkladu a je třeba odkázat na zjištění Sekce hospodářské soutěže Úřadu a na interní sdělení HS. Upozorňuji, že zjištění Úřadu ve věci rozhodnutí HS vycházela z dokumentů zajištěných při místním šetření, dokumentů vyžádaných v průběhu šetření a z Leniency žádostí (*pozn. předsedy Úřadu - Leniency program účastníkům kartelů nabízí částečnou nebo úplnou imunitu, tj. prominutí pokuty, pokud soutěžitel kartel ohlásí a poskytne k němu veškeré jemu dostupné informace a důkazy a splní další podmínky Leniency programu.*) vybraného uchazeče a navrhovatele .A.S.A. Na základě těchto podkladů zajistil Úřad – Sekce hospodářské soutěže dostatek důkazů k prokázání jednání, specifikovaného v rozhodnutí HS, přičemž v něm sice nejsou výslovně uvedeny všechny veřejné zakázky, jichž se takové jednání týkalo, avšak na základě těchto důkazů mohl Úřad – Sekce hospodářské soutěže konstatovat, a také konstatovat závěry ohledně předmětné veřejné zakázky tak, jak jsou uvedeny v interním sdělení HS. Nepovažuji tedy námitku navrhovatele van Gansewinkel o nedodatečném prokázání souvislostí mezi jednáním navrhovatelů a předmětnou veřejnou zakázkou, za důvodnou.

57. Další okruh námitek navrhovatele van Gansewinkel se vztahuje k nutnosti přijmout nápravné opatření v případě, kdy je zjištěno nedodržení postupu, stanoveného zákonem. Tato námitka byla částečně vypořádána již výše v pojednání o materiální stránce jednání zadavatele, považuji však za nutné její vypořádání na tomto místě dále rozvést. Zákon v § 118 odst. 1 umožňuje Úřadu uložit nápravné opatření pouze za splnění tří podmínek: 1. zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, 2. tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, 3. dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Úřad v napadeném rozhodnutí dovodil splnění pouze 1. a 3. podmínky, přičemž z dikce zákona jednoznačně vyplývá, že musí být splněny všechny tři podmínky kumulativně. Z tohoto důvodu je zřejmé, že Úřad nemohl přistoupit k uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 zákona.
58. K postupu Úřadu je třeba uvést, že správní orgán je povinen vycházet při vydání rozhodnutí ze skutkového a právního stavu, který je v době rozhodování. Tato zásada sice není ve správním řádu výslovně uvedena, avšak dle rozhodovací praxe soudů vyplývá přímo z povahy správního řízení, které směřuje k vydání konstitutivního správního rozhodnutí (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 4. 2011, č. j. 1 As 24/2011-79). Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 2008, č. j. 1 As 68/2008-126 „...*Pokud správní soud přezkoumává rozhodnutí správního orgánu (zpravidla odvolacího orgánu) dle skutkového a právního stavu, který zde byl v době rozhodování správního orgánu, pak i samo rozhodnutí (odvolací) musí vycházet ze stavu v době svého vydání ...*“. Je zřejmé, že v době, kdy o nepoužití postupu dle zadávacích podmínek rozhodovala hodnotící komise zadavatele, jí nezákonné jednání navrhovatelů nemohlo být známo, mohla jej pouze „tušit“ z konstrukce nabídek. V době vydání napadeného rozhodnutí již však měl Úřad postaveno najisto, že jednání navrhovatelů bylo nezákonné, a tudíž mohl konstatovat, že nabídky navrhovatelů byly nepřijatelné ve smyslu § 22 odst. 1 písm. d) zákona, přičemž za těchto okolností mohl dovodit, že ačkoliv jednání zadavatele naplnilo formální znaky skutkové postaty správního deliktu podle zákona, nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky (materiální stránka správního deliktu), neboť nabídky navrhovatelů byly podány v předmětném zadávacím řízení v rozporu se ZOHS, čímž nebyla splněna jedna z podmínek pro konstatování spáchání správního deliktu.

59. I v případě, kdy by Úřad zadavateli uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení úkonu – zrušení rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky a uložil mu provést nové posouzení a hodnocení nabídek, jak bylo uvedeno v návrzích, pak by za současné situace nedošlo ke změně postavení navrhovatele van Gansewinkel, neboť hodnotící komise by posoudila všechny nabídky navrhovatelů v souladu s § 76 odst. 1 zákona jako nepřijatelné podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona, přičemž takové nabídky by musely být zadavatelem vyřazeny. Následně by zůstala zadavateli k hodnocení pouze nabídka vybraného uchazeče, přičemž, jak správně uvedl Úřad, dle § 79 odst. 6 zákona by následně hodnotící komise již neprováděla hodnocení nabídek, neboť by hodnotila pouze nabídku jednoho uchazeče. Zadavatel by za takových okolností nebyl povinen hodnotit zbývající nabídku ani způsobem uvedeným v bodě 10.2.3 zadávací dokumentace. I z této úvahy lze dovodit správnost závěru Úřadu, že přezkoumávaný postup zadavatele nemohl mít vliv na výběr nejhodnější nabídky. Podotýkám, že jde o úvahu podpůrnou.
60. Není tedy důvodná ani námitka navrhovatele van Gansewinkel ohledně údajného „konstruování vyvažovacího mechanismu“ mezi nezákonností na straně zadavatele a nezákonností na straně uchazečů. Úřad v napadeném rozhodnutí postupoval zcela v souladu se zákonem, když posoudil kumulativní splnění podmínek pro uložení nápravného opatření zadavateli dle § 118 odst. 1 zákona, a v případě, kdy shledal, že jedna z nich nebyla naplněna, rozhodl tak, jak je uvedeno ve výročí napadeného rozhodnutí. Úřad nijak nezachovával diskriminační prostředí v rámci veřejné zakázky, jak tvrdí navrhovatel van Gansewinkel, neboť navrhovatelé podali nepřijatelné nabídky ve smyslu § 22 odst. 1 písm. d) zákona a nelze tedy s ohledem na skutková zjištění v době vydání napadeného rozhodnutí uvažovat o diskriminaci navrhovatelů zadavatelem.
61. Poslední námitka navrhovatele van Gansewinkel se týká možnosti zrušit zadávací řízení v případě, kdy po vyřazení ostatních nabídek zůstane zadavateli pouze jedna nabídka k hodnocení. Jak sám správně uvádí, jde pouze o možnost. Ustanovení § 84 odst. 3 písm. b) zákona uvádí, že zadavatel může zadávací řízení zrušit „až do doby rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky, pokud byla podána jenom jedna nabídka nebo pokud byly podány či by měly být hodnoceny pouze nepřijatelné nabídky“. Povinnost zrušit bez zbytečného odkladu zadávací řízení v případě, kdy zůstane k hodnocení pouze jedna nabídka, byla zákonem uložena až zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, účinným od 1. 4. 2012. Zadavatel by tedy nebyl povinen zadávací řízení zrušit a není možno ani skutečnost, že zákonodárce později tuto povinnost zadavatelům ukládá, zohlednit při posuzování skutkového stavu v tomto případě, jak tomu chtěl navrhovatel van Gansewinkel, neboť zadávací řízení bylo zahájeno dne 19. 3. 2010. Úřad přezkoumává postupy zadavatele podle znění účinného v době zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona. Podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Dle Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., ze dne 16. 12. 1992 – Listina základních práv a svobod, článku 2 odst. 3 „Každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“ Ani Úřad tedy není oprávněn nutit zadavatele zrušit zadávací řízení, pokud mu to zákon neukládá, ale dává mu pouze možnost se rozhodnout, zda v zákoně uvedených případech zadávací řízení zruší.



62. Správnost závěrů Úřadu, učiněných ve věci posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatel van Gansewinkel rozkladem nenapadá. Přezkoumal jsem tudíž tuto část rozhodnutí pouze v rozsahu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, kdy je předmětem přezkumu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, přičemž správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává odvolací správní orgán jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem a neshledal jsem důvody ke změně nebo zrušení napadeného rozhodnutí ani v této části.

## **VII. Závěr**

63. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
64. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výrocích uvedeno.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle ustanovení § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### Obdrží

1. Mgr. Daniel Čekal, PricewaterhouseCoopers Legal s.r.o., Kuchařská 248, 190 14 Praha 9
2. ikis, s.r.o., Kaštanová 496/123a, 620 00 Brno
3. Karel Muzikář, LL.M. (C.J.), WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o. advokátní kancelář, Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha 1

### Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy